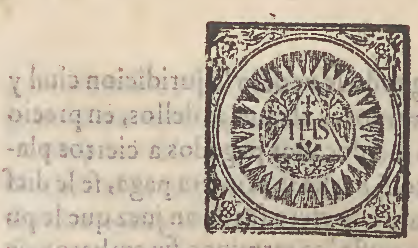


POR

DON FRANCISCO Zapata Portocarrero, Señor del Estado del Cehel en las Alpujarras del Reyno de Granada.

CON

La Villa de Motril.

SOBRE

Que se declare por nulo y atentado lo hecho y executado por el Doctor Lara y Castro, y se reduzgan las cosas al estado en que estauan al tiempo de la sentencia.



PARA facilitar la inteligēcia deste pleyto, se supone, Que teniendo y posseyendo don Luis Zapata padre de don Frācisco, los lugares de Gualchos, Iona, Iolucar, y otros del Estado del Cehel, que fueron solariegos de sus predecessores, el año de mil y quinientos y cincuenta y nueue; el señor Num. 1.

Rey don Felipe Segundo le vendio la juridicion ciuil y criminal,tercias,diezmos, y alcaualas dellos, en precio de ſeſenta y quatro mil ducados pagados a ciertos plaços;con aditamento,q̃ hecha la primera paga, ſe le dieſſe la poſſeſsion,y para eſte efeto fueſſe vn juez que le puſieſſe en ella,yamojonaſſe los terminos,ſin embargo de qualeſquier contradiciones que por la ciudad de Granada,y otras villas y lugares ſe hizieſſen para eſtoruar el cumplimiento deſta venta:y con que por la diuiſion y ſeparacion deſtos terminos,no ſe hizieſſe nouedad en los paſtos comunes,ſino que los que tuuieſſen la dicha ciudad,y las Alpujarras con los dichos lugares, ſe quedaſſen en el miſmo eſtado.

Num.2. Fue nombrado por juez para la poſſeſsion y amojonamiento Chriſtoual Cano Regidor de Velezmalaga: el qual auiendo ſido requerido con la comiſsion, mandò citar a la ciudad de Granada,y villa de Motril,y que nombraſſen perſonas que por ſu parte aſsiſtieſſen a ver amojonar los dichos terminos;ſobre cuya verificaciõ, y de la poſſeſsion en que auian eſtado el dicho don Luis y ſus anteceſſores en todos los dichos lugares y ſus terminos,recibio informaciones de las partes. Y viſto los autos,y lo alegado por ellas,los amojonò con conocimiento de cauſa,ſeñalando los ſitios por donde ſe diuidian de los terminos de Granada y Motril, dexando incluſos en los del Eſtado del Cehel los lugares de Gualchos,y Iolucar,y los terminos,deheſſas,y cortijos de q̃ al preſente ha ſido deſpojado don Franciſco Zapata; y de todo ello,y cada coſa de por ſi,fue dado,y dio la poſſeſsion al dicho don Luis.

Num.3. Deſte amojonamiento ſe agrauiaron Granada y Motril,pretendiendo,que en el ſe comprehendian algunas tierras y cortijos que eſtauan debaxo de ſu juridicion. Y auiendo traydo la cauſa al Conſejo, pidieron ſe declaraſſe aſsi,y que en conſequencia deſto ſe les boluieſſen

y reſti-

y restituyessen, sobre lo qual se formò vn pleyto muy grande, que oy està pendiente en el Consejo.

Despues de lo qual, el año de quinientos y sesenta y cinco, se tomò segundo assiento por su Magestad, con don Luys Zapata, sobre la pretensiõ que tenia, de auer sido engañado en mas de la mitad del precio de los sesenta y quatro mil ducados que auia dado por la juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas de los dichos lugares: y entre las condiciones deste segundo assiento, por vna dellas confirmò su Magestad el primero, y el amojonamiento hecho por el dicho Christoual Cano, y possession dada a don Luys, no embargante las contradiciones de Granada, y Motril. Num.4.

Con estos titulos han estado en la possession destas rentas, y juridicion don Luys Zapata, y don Francisco su hijo, mas de sesenta años continuos. Num.5.

El año de 606. dio en el Consejo vna querella Motril, contra don Francisco, y los Gouernadores, Alcaldes, Alguaziles, y Guardas que tenia en el dicho Estado, diziendo, que en las tierras solariegas de que su Magestad auia vendido la juridicion à don Luys Zapata, tenia la dicha villa, y lugares circunuezinos, pasto comun; y que el dicho don Francisco contrauiniendo a esto, auia cerrado y acotado la caça, leña, yerua, y bellota, y los demas aprouechamientos, vendiendolo todo a quien mas le daua por ello, y auia puesto guardas; y no consentia que ningun vezino de Motril entrasse en las dichas tierras, y les prendauan los ganados, y haziã otras muchas bexaciones, y molestias, teniendo gente de mano armada para este efecto. Pidio, que vn Recetor desta Corte fuesse a hazer informacion de lo cõtenido en su peticion, para que constando ser verdad, fuessen condenados en las penas en q̃ huuiessen incurrido; y la dicha villa pidiesse lo que mas conuiniesse a su justicia. Num.6.

Nombrose Recetor, el qual fue a Motril, y hizo ciertas Num.7.

tas aueriguaciones. Y auiendose traydo al Consejo, se dio por su parte el año de 608. otra peticion del tenor siguiente.

Num. 8. *Juan de Albear en nombre del Concejo, Justicia, y Regimiento de la villa de Motril, en la querella por mi parte dada contra don Francisco Zapata Portocarrero señor de la Taha del Cehel en el Reyno de Granada. Digo, que se cometio a vn Recetor la aueriguacion de la querella por mis partes dada contra el susodicho, y sus Alguaziles, Guardas, y Iusticias: y auiendolas hecho, resulta estar prouado con mas de treynta testigos; que el dicho don Francisco, contrauiniendo a las condiciones de la escritura de la compra de la dicha tierra, en que se le vendio con expressa condicion, de que todo el aprouechamiento della fuesse comun, assi de la yerua, y bellota, y leña, y caça, como de todos los demas aprouechamientos, para que mis partes pudiessen gozar della, atropellandolo todo con violencia, y mano poderosa, tala los montes, y los vende para carbon, rompe las tierras, y las reduce a labor, vendiendolas, y arrẽdandolas; vende la yerua, y caça a quiẽ mas le da por ella: y finalmente acota todos los terminos, poniendo guardas gente de mal viuir, para que con escopetas, y otras armas, prendan; y molesten a mis partes, y a sus vezinos, en entrãdo dentro del dicho termino. Y esto lo hazen tan atreuidamente, que generalmente todos los bueyes, ganados de labor que encuentran, los lleuan a la villa de Torbiscon, donde reside su Alcalde mayor, y se quedan con ellos, y a los dueños que los piden los prenden, y molestan; y algunos que se han querido defender, los han herido y maltratado, y con esto tienen amedrentado toda la gente, de manera que de ninguna forma se atreuen ya, no solo a no gozar de los aprouechamientos, pero ni aun a yr de passo por los caminos de la dicha tierra. Y este daño es muy considerable, respeto de que los terminos de mi parte son muy cortos, y esteriles de leña, y para la fabrica de los açucares, que es la principal grange-*

grangeria, es grandißima la falta que le haze, y a vuestro Real patrimonio resulta muy gran daño, el qual va cada dia aumentandole, pues saliendose ya de sus terminos, rompe las tierras que estan en terminos conocidos de mis partes. Por tanto, a V. A. pido y suplico mande, que el Relator haga relacion de la dicha prouança, y cometer el castigo de los dichos excessos a vn juez de comission, que desta Corte vaya a castigarlos, y a hazer a mis partes entera satisfacion de todos ellos, allanando al dicho don Francisco a que dexe a mis partes libremente gozar de todos los aprouechamientos de los dichos terminos; castigando a todos los culpados, de quien si es necessario de nueuo me querello. Y pido justicia, y costas. Y juro en forma.

Y por autos del Consejo se mandò despachar comission, para la aueriguacion, y castigo de culpados, al juez Realengo mas cercano, y como a tal se cometio al Alcalde mayor de la ciudad de Alcala la Real, que lo era en aquella sazon el Doctor Lara y Castro, el qual fue con Audiencia formada al Estado del Cehel, y villa de Motril, donde examinò testigos, y hizo informaciones del caso; prendio los que resultaron culpados, sustanciò con ellos la causa, y pronunciò sentencia, en que dixo. Que amparaua a la dicha villa de Motril en la possession que tiene del termino, con diezmos, y los demas derechos, y aprouechamientos que le competen por razon del territorio; y en la juridicion ciuil y criminal q̃ le pertenece, por la parte que la dicha villa confina con el dicho Estado (y señala por terminos otros diferentes de la mojonera antigua, entrandose tres leguas la tierra adentro:) y condenò al dicho don Francisco en quatro años de la suspension de la juridicion, y en cincuenta mil marauedis, costas, y salarios de su comissiõ, por dezir que auia prohibido el aprouechamiento de los pastos comunes. Num. 9.

Desta sentencia apelò don Francisco, y recusò al juez, Num. 10.

juez,el qual sin embargo procedio a la execucion: y en continuacion della, hizo vna nueua mojonera para diuidir los terminos de Motril de los del Estado del Cehel, alterando la que estaua hecha por Christoual Cano: y de los lugares solariegos de don Francisco inclusos en ella, dio possession a Motril de Iolucar, y Gualchos, con su juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas, y de otros cortijos, y dehessas, que por los titulos referidos tenia y posseia don Francisco.

Num. 11. Presentose enel Consejo. Diose prouision para traer el processo. Y auiendose traydo, se expressarõ agrauios por parte de don Francisco, contra la sentencia; y pidio que ante todas cosas se declarasse por nulo y atentado lo executado, y se le restituyesse la possession de los dichos lugares y cortijos, y de la juridicion y rẽtas dellos en conformidad de la mojonera de Christoual Cano, reduziendo las cosas al estado en que estauan al tiempo que el juez dio y pronunciò la dicha sentencia.

Num. 12. Deste pedimiento se dio traslado a Motril, y por su parte se contradixo el atentado, por los fundamentos que en el discurso deste papel se referiran. Y conclusa la causa sobre este articulo, el Consejo reseruò su determinacion para la difinitiua del pleyto principal, que està pendiente entre Granada, Motril, y don Francisco, sobre los terminos inclusos en la dicha mojonera.

Deste auto suplicò don Francisco, y pretende, q̃ el articulo del atẽtado tiene por su parte justificaciõ suficiẽte para q̃ la determinacion sea conforme a sus pedimiẽtos, por tres fundamentos, que consisten. Vno en defecto de comission del juez. Otro en auer executado pendiente la apelacion. Otro en auer passado a ella despues de la recusacion, sin nombramiento de acompañado.

Funda-

Fundamento primero.

Por defeto de comission.

LA comprouacion deste fundamento sale de los pedimientos de Motril, que precedieron a la comission: porque la sustancia dellos no se estiende mas que a vna quexa criminal contra don Francisco, de que acotaua y cerraua los pastos del Estado del Cehel, siendo comunes; y que a los vezinos de Motril que entrauan a gozar dellos, los prendauan y maltratauan sus ministros; y sobre esta querella cayò la comission para que el Doctor Lara procediesse cõtra los culpados, sin que en toda ella aya palabra ninguna en que se pueda fundar la facultad que se aplicò para diuidir los terminos, y poner nueuos limites y mojones, alterando los antiguos sobre que se estaua litigando desde el año de 1559. Y assi para el excesso de comission concurren dos circunstancias q̃ le hazen preciso. ¶ Vna, las palabras della, que son limitadas para conocer solo del acotamiento de los pastos, y delitos cometidos en defensa dellos: pero no de la possession de los terminos amojonados; y la juridicion delegada no tiene mas extẽsion, que la que permiten las palabras. *l. 20. tit. 4. part. 3. Marquesan. de comm. part. 1. cap. 3. nu. 141.* ¶ Otra, q̃ el ser limitada viene por naturaleza de la misma causa: porque siendo assi, que en el Consejo auia y ay pleyto pendiente en prosecucion de la apelacion que Motril interpuso de la mojonera de Christoual Cano, y possession dada a don Luis padre de don Francisco, de la juridicion y rentas de los dichos lugares de Gualchos, y Jolucar, y de los demas del Estado, no se comprehendio, ni pudo comprehender en la comission el conocimiento desto mismo que estaua deduzido en aquel pleyto. *l. quicunque. C. de executor. lib. 12. l. 47. tit. 18. part. 3. Plat.* Num. 13. Num. 14. Num. 15.

in

in l.fin.in fine, C.de curioſ. y aſsi Motril en ſu querella no ſe quexò de que don Franciſco poſſeyeſſe la juridicion, y rẽtas deſtos lugares, ſino de que en los terminos dellos prohibia el paſto comun; que fue nueua pretenſion, a que correſponde la comiſsion. Y deuiẽdo el juez conocer de ſolo eſto, lo que hizo fue, amojonar de nueuo el Eſtado, dexando fuera del los dichos lugares de Gualchos, y Iolucar, y otros cortijos ſolariegos de don Franciſco, de que ſu Mageſtad auia vendido a dõ Luys expreſſa è indiuidualmente la juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas, deſpojandole de la poſſeſsion en que auian eſtado, el, y ſus anteceſſores, y dandoſela a Motril, ſin auer ſido eſta ſu pretenſion; con que ſe conuence el exceſſo de comiſsion, y del reſulta, que la aſsignacion de nueuos limites, y poſſeſsion dada a Motril de los dichos lugares, juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas dellos, en contrauencion de la mojonera antigua, obra lo miſmo que ſino huuiera precedido; porque el efecto de lo que el juez haze excediendo della, es ſer nulo todo lo hecho por el, *cap.venerabilis, de officio delegat.cap.cum dilecta 22.de reſcript.l.certa ratione, C.quãdo prouocar.non eſt neceſſ. Pariſ.conſ.51.num.43.& 44. volum.4.Tiber.Decian.primo tom.criminal. lib.4. cap.25.num.3.*

Y en quanto al exceſſo ſe conſidera, no como acto de juez, ſino de perſona particular; y eſto ſe tiene por tan odioſo en derecho, que es permitido a la parte reſiſtir la execucion dello, no ſolo interponiendo el braço del juez ordinario, ſino por ſu propia perſona. *l.prohibitum, vbi Gloſ. Bart.& Doctor. C.de iur.fiſc.lib.10.cap.2. in fin de conſtitution. lib.6. Innocent. & Felin.in capit.ſi quando, num.2.de officio delegat. Puteus de ſindicat.verb. reſiſtentia, cap.1. num.3. Dueñas regul.190. ampliation. 8.& regul.191.ampliat.4. Marant.diſputat.1 nu.22.*

Num.16. Y ſi ſe replicare, que en la relaciõ de la querella dixo

Motril

Motril, que don Francisco se salia de sus terminos, y rõpia las tierras que estan en los de aquella villa; y q̃ auiendo sido la comissión para todo lo contenido en ella, tuuo el juez juridicion suficiente para conocer de terminos.

Se responde, que esta ponderacion no sirue para calificar la juridicion, antes es eficacissima para el excesso que se va fundando. Lo vno, porque la querella no fue de que don Francisco rompia terminos, sino de las injurias y malos tratamientos hechos a los vezinos, sobre el acotamiento de los pastos, como consta de lo literal della, de qua supra num. Y solo para la aueriguacion, y castigo desto, y allanar los pastos, pidio que se diesse juez, como se percibe de la conclusion de la peticion, que es a lo que se ha de atender. *Innocent. in cap. super literis, de rescript. Bart. in l. Aurel. §. sticho, ff. de liberat. legat. Lappus allegat. 55. numer. 5. Alexand. consf. 121. num. 2. & 3. lib. 1.* Lo otro, porque Motril en la relacion que hizo, dize, que don Francisco se sale de sus terminos, y rompe las tierras que estã en los suyos. Y quando la comissión huuiera comprehendido este caso, era tambien limitada respeto de las tierras que pareciesse auer rompido don Francisco fuera de sus terminos (que por lo actuado consta, no auerse hallado ningunas deste genero;) pero no se le concedio para que alterasse los mojones con que Christoual Cano auia separado estos de los de Motril, ni para que de las tierras, y lugares que estauan de la mojonera adentro; que son los terminos de don Francisco, le quitasse la possession, y se la diesse a Motril. Num. 17.

Lo otro, porque con auer alegado, que don Francisco rompia tierras fuera de sus terminos, viene a reducir su pretension a solo aquello que don Francisco huuiesse ocupado de hecho, y de su propia autoridad; pero no a lo que posseia con titulos Reales, como era los Num. 18.

lugares de Gualchos, y Iolucar, y la juridiciõ, diezmos, tercias, y alcaualas de todo lo amojonado, en q̃ es euidente el excesso de comissiõ.

Num. 19. Opone Motril, que no fue nueua possessiõ la que el juez le dio de la juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas de los dichos lugares, y cortijos, sino amparo de la que tenia dellos.

Sed hæc obiectio prorsus à veritate distat, porque el posseedor legitimo y verdadero, ha sido siempre don Francisco, y antes del lo fueron sus antecessores, sin que Motril aya tenido en ningun tiempo possessiõ en cosa alguna del suelo, ni de la juridicion, diezmos, tercias, y alcaualas, de todo lo amojonado por Christoual Cano. Y en comprouacion desto tenemos en el pleyto diferentes actos, que sacan este punto de disputa.

Num. 20. El primero, los arrendamientos hechos por dõ Luis de los dichos lugares de Gualchos, y Iolucar, y sus terminos, anteriores a la compra de la juridicion. Y aunque solo el instrumento de la locacion regulariter non probet possessionem, vt notant Canonistæ *in cap. inter dilectos, de fid. instrument.* fallit quando instrumenta locationum sunt antiqua. *Bart. in l. ad probationem, in princip. C. locat. Paul. cons. 81. nu. 5. vers. Patet ex instrumento antiquo, lib. 2. Mascar. concl. 1181. nu. 13.* & quando plura instrumenta locationum reperiuntur. *Carroc. de locat. part. 6. q. 10. num. 13. Mascard. supra num. 11.* & quando instrumenta locationum alijs adminiculis adiuuantur, *Bart. in dict. l. ad probationem, Seraph. decis. 896. Carroc. sup. nu. 6.*

Num. 21. El segundo, la venta de la dicha juridicion, donde se ponen por lugares del Estado, a Gualchos, y Iolucar, y dellos se la concede su Magestad a don Luys (que los tenia y posseia entre los demas lugares del;) con los diezmos, tercias, y alcaualas.

Num. 22. El tercero, que en execucion y cumplimiento desta venta,

venta, Christoual Cano juez nombrado para amojonar los terminos, y poner en la possession a don Luys, señalò los limites y mojones que diuidian el dicho Estado de los de Motril: y de todo lo incluso en la mojonera fue dando y dio la possession al dicho don Luis, y entre los lugares se la diò asimismo de Gualchos, y Iolucar.

El quarto, que para amojonar los terminos, hizo primero informacion con citacion de Motril y Granada, de la possession del suelo en que auian estado don Luis y sus anteccessores: y conforme a ella puso los limites, dandosela de la juridicion y rentas nueuamente adquiridas en lo mismo que estaua posseyendo. Num. 23.

El quinto, que auiendo pretẽdido Motril que la mojonera se auia estendido a incluyr mas tierra de la que pertenecia a don Luys, se confirmò sin embargo de su contradicion, por su Magestad, y la possession que en virtud della se le auia dado. Num. 24.

El sexto, que desde el año de 1559. que se hizo la cõcession de la juridicion, han vsado della don Francisco, y sus antecessores en todo el territorio de la mojonera, nombrando juezes que en su nombre la exerciessen. Num. 25.

El septimo, que asimismo ha cobrado y gozado los diezmos, tercias, y alcaualas, y rentas juridicionales de los dichos lugares, arrendandolas como señor dellas, ex qua fructum perceptione probatur possessio. *Bald. in l. 3. nu. 4. C. fin. regund. Mascard. conclus. 1183. nu. 1. Lancellot. de attentat. 3. p. c. 26. nu. 52.*

El octauo, que auiendo intentado Motril el año de 605. cobrar de hecho los diezmos de Gualchos, y Iolucar, y de otros cortijos que estan en lo amojonado, por tres sentencias conformes del juez Eclesiastico, fue dõ Francisco amparado en su possession, y condenada Motril a la restitucion de todo lo que pareciesse auer cobrado, y en las costas; y para la execucion embiò sus ministros, Num. 26.

nistros,

niſtros, que con el auxilio Real apremiaron a Motril a la paga de lo que ſe liquidò. Y aũque por ſu parte ſe lleuò al Audiencia por via de fuerça, ſe declarò en ella, q̃ el Ordinario no la hazia; con lo qual fue continuando ſu poſſeſsion, haſta que el Doctor Lara ſe la quitò deſto miſmo en que ya Motril eſtaua vencida. Y auiendo intentado de nueuo en virtud de la ſentencia y poſſeſsion del juez, cobrar eſtos diezmos, y de hecho començadolos a cobrar, fue ſegunda vez amparado en ſu poſſeſsion don Franciſco por el juez Ecleſiaſtico, y la cauſa ſe boluio a introduzir en la Audiẽcia por via de fuerça; y ſe declarò, que tampoco la hazia.

Num. 27. Finalmente por la poſſeſsion que el juez dio a Motril, conſta, que antes no la tenia; y que los juezes que eſtauan exerciẽdo la juridicion de los lugares y cortijos, eran miniſtros de don Franciſco, y que la adminiſtrauan en ſu nombre, como lo auian hecho ſeſenta años continuos; y para deſcredito de lo que Motril alega, es fundamento eficaciſsimo el no auerſe moſtrado por ſu parte acto alguno de poſſeſsion en lo que ſe la dio el juez.

Num. 28. Conſtando pues de la poſſeſsion de don Franciſco, y del deſpojo hecho por el juez, que ſon los dos eſtremos que ſe han de verificar para la reintegracion, tiene en ſu fauor la regla general, que diſpone, que el deſpojado ſea ante todas coſas reſtituydo, por mas que diga y pretenda la parte en cuyo fauor ſe hizo el deſpojo, que la poſſeſsion era injuſta, *cap. in literis, de reſtit. ſpoliat. l. ſi quis ad ſe fundũ. C. ad leg. Iul. de vi publ.* ibi: *Ante omnia violentiæ cauſam examinari præcipimus, vt ei quem conſtiterit expulſum amiſſæ poſſeſsionis iura reparẽtur. Anton. Gabr. commun. concluſ. tit. de reſtit. ſpoliat. nu. 4.* Lo qual procede, ora ſea el deſpojo de coſas corporales, o derechos incorporales, *late Menoch. de recuper. rem. 1. n. 81.* Y tambien aunque el deſpojo ſe haga con autoridad de juez, porque ſi procede de hecho excediendo de ſu co-

miſsion

mision,de la misma manera despoja, y compete contra el el interdicto, que si fuera persona particular, *cap. conquærente, de restitut. spoliat. l. meminerint, C. vnde vi. l. 2. titul. 13. lib. 4. Recopilatio. & quod spoliatus facto iudicis non seruato iuris ordine, vel nulliter procedentis sit ante omnia restituendus, post Bartol. Decium, Rip. tradunt Menoch. de recuperand. remedio 8. numer. 3. & pluribus relatis Hondedeus consil. 82. ex numer. 23. lib. 1. Mieres de maiorat. 3 part. quæst. 14. ex numer. 4. Surd. consil. 168. nu. 25. lib. 2. Andr. Gail lib. 2. obseru. 76. nu. 13. Rota, vt per Alex. Ludouis. decis. 43. nu. 2. & decis. 105. num. 5. & decis. 198. nu. 2. & 209. numer. 2. & decis. 362. numer. 4.* Et possessio capta vigore sententiæ nullæ dicitur spoliatiua, *idem Ludouis. decis. 336. num. 2.* & dicitur capta per vim expulsiuam, ita vt competat interdictum vnde vi, *vt ibidem animaduertit, numer. 3.* & non potest iustificari, & confirmari ex nouiter deductis, etiam si esset de nouo concedenda, *dicta decis. 105. num. 11.*

Y no obsta la replica que se haze por Motril, nempè, que la juridicion que el Rey vendio a don Luys fue limitada, videlicet, de la tierra que el tenia en propiedad, y que no consta que en ella se comprehendiessen los lugares de Gualchos, y Iolucar, y los demas cortijos de q̃ fue despojado. Num. 29.

Porque se responde.

Lo primero, que esta oposicion es la misma sobre que pende el pleyto principal. Porque en la apelacion que interpuso Motril el año de 59. contra la mojonera de Christoual Cano, y possesion de don Luys, alegò este mismo fundamento, y sin embargo del, sobreuino despues el año de 60. la confirmacion de su Magestad, y el dicho don Luys fue continuando, y defendiendo su possesion, y despues don Francisco: y la oposicion de Num. 30.

vn derecho litigioso, no puede impedir la restituciõ del despojo. *Rota diuers. decis. 610. part. 3. lib. 3. Menoch. de recuper. dict. remed. 1. nu. 225.*

Num. 31. Lo segundo, que en la question, si en el juyzio de la reintegracion se puede admitir la excepcion de defecto de titulo, ò dominio, la resoluciõ verdadera es, que se ha de reseruar para el Ordinario, y que el despojado ha de ser restituydo. *Anton. Gabr. lib. 5. commu. conclus. titul. de rest. spoliator. conclus. 5. nu. 45. Stephan. Gratian. 2. tom. cap. 141. num. 1. & 13. & probatur ex optima l. fi. tit. 10. part. 7.*

Num. 32. Lo tercero, que el despojo se hizo pendiente el pleyto de la propiedad, quo casu non requiritur probatio tituli, aunque la materia sea de calidad que no se pueda posseer sin el. *Hercul. Marescot. lib. 1. variar. resolut. cap. 59. num. 23.* ibi: *Tertia affertur declaratio, vt nõ procedat in spolio attẽtato lite pendente, quia tunc nõ requiritur probatio tituli etiam colorati, sed sufficit probare solũ statum. Oldrad. cons. 206. colum. 2. vers. Ad secundam quæstionem: Lap. Abb. & Geminian. in dict. cap. ad decimas, de restit. spoliat. in 6. Alexan. cons. 99. numer. 9 lib. 5. late Couarr. pract. quæst. cap. 23. numer. 4. & hanc opinionem Rota passim sequitur, vt in decis. 2. de restit. spoliat. in nouis. Casad. decis. 3. num. 6. eod. titul. Ægid. decis. 49. vbi assignat rationem, quia magis consideratur cõtemptus superioris & integritas status causæ quam ius agentis. Lancellot. de attentat. 3. part. cap. 26. num. 31. Franc. Capi. Polanc. de Baronibus, & eorum officio, pragmat. 1. nu. 235.*

Num. 33. Lo quarto, que en el pleyto principal tiene prouado don Francisco, el dominio y possessiõ de todo lo incluso en la mojonera, y Motril se muestra rendida con las informaciones que ay en el, pues no le prosigue, ni continua.

Num. 34. Lo quinto, que quando fuera necessario justificar mas

mas el derecho de la juridicion, tiene don Francisco presentados los titulos della en el pleyto viejo, que en sustancia contienen lo que queda dicho supr. nu.

Y es sin fundamento dezir, que su Magestad no vendio indiuidualmente la juridicion de Gualchos, y Jolucar, y la de los demas lugares, y cortijos de la mojonera, sino de la tierra que don Luys Zapata tenia en propiedad; porque quanto quiera que a don Luys bastaua esto para quedar por dueño de la juridicion destos lugares, pues lo era dellos; lo cierto es, que Motril se engaña en la relacion que haze de la venta, porque auiendo señalado el Rey los lugares en que le concede la juridicion, de quibus supra num. dize las palabras siguientes, en que se funda Motril. *Que por este asiento no pueda el dicho don Luys Zapata, ni sus sucessores adquirir, ni adquieran mas derecho en possession, ni en propiedad al suelo de la dicha tierra, de las dichas villas, lugares, cortijos, alcarias, y heredamientos de cada vno dellos, de lo que le perteneciere por sus titulos.* Y esta condicion no prueua que la juridicion ha de recibir limitacion segun la propiedad del suelo, sino que la persona a quien se cõcede no adquiera mas derecho a el del q̃ tuuiere conforme a sus titulos; pero la juridicion no queda limitada, sino concedida en todos los lugares, y terminos nombrados, aunque constara no pertenecerle el suelo. Num. 35.

Fundamento segundo.

Por auer executado pendiente la apelacion.

PAra distinguir los terminos de Motril de los del Estado del Cehel, señalò el Doctor Lara en su sentencia (como ya queda dicho) nueuos limites y mo- Num. 36.

y mojoneras, y por parte de don Francisco se apelò della, fundandose, en que esta diuision estaua hecha por la mojonera del año de 569. y sin embargo passò a la execucion, poniendo a Motril en la actual possessión de los lugares, y cortijos que quedan referidos; con lo qual tiene don Francisco para el atentado, todas las reglas que condenan por tal lo hecho por el juez, pendiẽte la apelacion, aunque cessasse el defecto ponderado de la comission. *l. 1. & per totum, ff. nihil nouar. pendent. appellat. cum adductis per Lancellot. de attent. 2. part. capit. 12. ex numer. 1. cum sequentib.* quod etiam locum obtinet, aunque lo determinado sea solamente sobre la possession, quando puede ser dificultoso el reparo del daño de la execucion. *Scaccia cum Menoch. Marant. & alijs in tract. de appellat. q. 17. limit. 6. membr. 8. nu. 3.*

Num. 37. Et in terminis, que la sentencia que se pronuncia sobre terminos, aunque sea solo en possession, no se puede executar pendiente la apelacion, *tradunt Missinger. singular. obseruat. centuria sexta, obseruatione 13. numer. 7. Contard. in l. vnica, limitatio. 1. numer. 15. C. si de momentan. posses. fuer. appellat. Marant. de ordine iudicior. part. 6. actu secundo, verbo, & quandoque appellatur, numer. 312. limitat. 7. Scaccia vbi supra, numer. 4.*

Num. 38. Y no obsta dezir que la comission fue con clausula de que pudiesse executar, y que en este caso no atenta el juez, *vt per Lancellot. de attentat. d. cap. 12. limit. 18. num. 18.*

Num. 39. Quia respondetur, Que la facultad de executar nò fue simple y absoluta, sino en los casos que huuiere lugar de derecho, vt constat ex eius verbis, ibi: *Y hagades lleuar a pura y deuida execucion con efeto, quanto con fuero deuades:* y la clausula, *prout de iure*, que es la

que

que correſponde a eſta, no obra, ni ſe eſtiende a mas de lo que las leyes permiten, *Marqueſan. de commiſſion. part. 3. §. 2. nu. 103. pag. 223. Aimon conſ. 82. nu. 2. Barboſ. de clauſul. clauſul. 66. nu. 2.* Y ſiendo aſsi, que conforme a derecho era apelable la ſentencia, y que tenia ambos efetos, ſuſpenſiuo, y deuolutiuo, fue contrauenir a la miſma comiſsion el proceder a la execucion; tanto mas ordenandoſele, como ſe le ordenaua por ella, que admitieſſe las apelaciones en los caſos q̃ de derecho huuieſſe lugar: y quando ſe huuiera pueſto en ella la clauſula, *appellatione remota*, no ſe euitara el atentado, ſiendo como fue ſentencia tan perjudicial, *Lancellot. d. c. 12. limitat. 8. nu. 24. & 28.*

Fundamento tercero.

Por la recuſacion.

DON Franciſco Zapata recuſò al juez luego que ſe le notificò la ſentencia, temeroſo de la execucion; y ſin nombrar acompañado proueyò los autos tocantes a ella, de que reſulta otra nulidad contra todo lo hecho y executado deſpues de la ſentencia. *l. 1. & 2. titul. 16. lib. 4. Gregor. in l. 22. gloſ. 8 titul. 4. part. 3. Auendañ. in cap. præt. 2. part. cap. 23. num. 14.* Num. 40.

Y de todo reſulta ſer juſtiſsima la pretenſion de don Franciſco, y que en conformidad della ſe deue ſuplir el auto de viſta, declarando por nula y atentada la execucion, y que las coſas ſe reſtituyan al eſtado en que eſtauan al tiempo de la ſentencia, y el a ſu poſſeſſion. Salua, &c.